

University of Groningen

Rechtspraakroniek Ondernemingsprocesrecht

Geerts, P.G.F.A.

Published in:
Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2005

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
Geerts, P. G. F. A. (2005). Rechtspraakroniek Ondernemingsprocesrecht. *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, 13(3), 88 - 94.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Ondernemingsprocesrecht**Ontslag bestuurders**

De band tussen een bestuurder van een BV of NV en de vennootschap heeft (meestal) een dubbel karakter: de bestuurder heeft zowel een vennootschapsrechtelijke als arbeidsrechtelijke betrekking met de vennootschap. Lang is onduidelijk geweest of een ontslagbesluit van de algemene vergadering van aandeelhouders alleen een einde maakt aan de vennootschapsrechtelijke band, dan wel tevens het arbeidsrechtelijke ontslag omvat. Zou het eerste gelden, dan heeft dat bijvoorbeeld tot gevolg dat de 'vennootschapsrechtelijk ontslagen bestuurder' geen vennootschapsrechtelijke bevoegdheden meer kan uitoefenen, maar nog wel aanspraak heeft op salaris totdat zijn arbeidsrechtelijke verhouding met de vennootschap rechtsgeldig zal zijn beëindigd.

In zijn arrest van 15 april 2005, RvdW, 2005, 57 en Ondernemingsrecht 2005, p. 334 m.nt. Grapperhaus (Unidek Volumebouw) heeft de Hoge Raad aan alle onduidelijkheid een einde gemaakt:

'Wanneer een natuurlijke persoon die als bestuurder van een naamloze of besloten vennootschap is benoemd en – zoals veelal het geval is en ook hier is aangenomen – krachtens arbeids-overeenkomst zijn werkzaamheden verricht, bij een geldig besluit van het bevoegde orgaan van de vennootschap als bestuurder ontslag is verleend, verliest hij ingevolge art. 2:134 lid 1 BW onderscheidenlijk art. 2:244 lid 1 BW de hoedanigheid van bestuurder van de vennootschap en kan hij geen van de aan deze hoedanigheid verbonden bevoegdheden meer uitoefenen, maar behoeft dit niet tot gevolg te hebben dat ook de dienstbetrekking eindigt. Het antwoord op de vraag welke gevolgen het ontslagbesluit heeft voor de arbeidsverhouding tussen de bestuurder en de vennootschap, moet worden gegeven aan de hand van het bepaalde in de arbeidsovereenkomst en in de op de arbeidsovereenkomsten toepasselijke wetsbepalingen, voor

zover Boek 2 deze wetsbepalingen niet uitdrukkelijk terzijde stelt (zie HR 13 november 1992, nr. 151146, NJ 1993, 265).

Naar mede blijkt uit de wetsgeschiedenis van (de voorloper van) de art. 2:134 en 2:244 BW (weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal sub 2.4 en 2.5), strekken deze bepalingen ertoe te bewerkstelligen dat door een ontslagbesluit ook een einde wordt gemaakt aan de arbeidsrechtelijke verhouding. Daarom heeft te gelden dat een ontslagbesluit in beginsel tevens beëindiging van de dienstbetrekking van de bestuurder tot gevolg heeft. Voor een uitzondering is slechts plaats indien een wettelijk ontslagverbod aan die beëindiging in de weg staat (vgl. HR 17 november 1995, rek. nr. 8746, NJ 1996, 142) of indien partijen anders zijn overeengekomen.'

In een arrest van dezelfde datum heeft de Hoge Raad (op een eis tot cassatie in het belang der wet) beslist dat hetzelfde dient te gelden in het geval de bestuurder zelf ontslag neemt. De Hoge Raad voegt daar nog aan toe dat niet kan worden aanvaard dat de bestuurder, die zijn functie neerlegt, die ontslagneming eenzijdig kan beperken tot het verlies van de hoedanigheid van bestuurder van de vennootschap met instandhouding van de dienstbetrekking (HR 15 april 2005, RvdW, 2005, 55 en Ondernemingsrecht 2005, p. 334 m.nt. Grapperhaus (Ciris)).

Beide arresten laten aan duidelijkheid niets te wensen over: het vennootschapsrechtelijk en arbeidsrechtelijk ontslag liggen besloten in één en hetzelfde besluit respectievelijk in één en dezelfde ontslagneming (Grapperhaus, p. 336). Voor een uitzondering op deze regel is slechts plaats indien een wettelijk ontslagverbod (bijv. tijdens ziekte of zwangerschap) de beëindiging in de weg staat. Een bevredigende uitkomst.

Een ontslagbesluit door de Raad van Commissarissen van een bestuurder van een structuurvennootschap heeft (de Hoge Raad spreekt over 'een geldig besluit van het bevoegde orgaan van de vennootschap') hetzelfde gevolg. Aardige vraag is nog welke betekenis deze uitspraken hebben voor het ontslag van bestuurders ex art. 2:356 sub b BW in een enquêteprocedure. Ook in dat verband is de vraag gerezen of de Ondernemingskamer een einde kan maken aan de arbeidsrechtelijke verhouding tussen de bestuurder en de vennootschap. Voor degenen die verdedigen dat door de Ondernemingskamer aan die verhouding een einde kan worden gemaakt, bieden de arresten een behoorlijke steun in de rug (zie over die kwestie: P.G.F.A. Geerts, Enkele formele aspecten van het enquêterecht, p. 295 e.v. (hierna verder aangeduid als diss.)).

Enquêterecht

Over het enquêterecht gesproken. Op dat 'ondernemingsprocesrechtgebied' bij uitstek heeft de Hoge Raad in de eerste vier maanden van 2005 drie beschikkingen gewezen.

Concernenquête (Landis)

De eerste beschikking is HR 4 februari 2005, NJ 2005, 127 m.nt. Maeijer; JOR 2005, 58 m.nt. Van den Ingh; Ondernemingsrecht 2005, p. 241 m.nt. Spanjaard en ARO 2005, 27 (Landis).

33. Bij dossiers inzake het Europees procesrecht is dit in de regel het ministerie van Justitie. Commentaar kunt u zenden aan: p.van.der.grinten@minjus.nl.

In deze belangrijke beschikking heeft de Hoge Raad beslist dat zogenoemde concernenquêtes toelaatbaar zijn. In de literatuur bestond hierover verschil van mening (zie diss., p. 115 e.v.). In deze zaak had de VEB (die enkel aandelen hield in Landis Group NV) niet alleen om een enquête bij die moeder vennootschap gevraagd, maar ook bij drie van haar (100%) dochtervennootschappen. Dat verzoek heeft de Ondernemingskamer in haar beschikking van 30 oktober 2003, JOR 2003, 282 m.nt. Stevens (Landis) ingewilligd en bij alle vier de vennootschappen een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken ingesteld. Tegen deze beschikking is beroep in cassatie ingesteld. Met een beroep op de wetsgeschiedenis en de economische werkelijkheid heeft de Hoge Raad het cassatieberoep verworpen.

Dat de Hoge Raad veel gewicht toekent aan de wetsgeschiedenis is in mijn ogen terecht. Daaruit volgt (zie de beschikking van de Hoge Raad en de conclusie van A-G Timmerman) dat – in mijn eigen woorden – de regering het groene licht heeft gegeven aan het (door vakbonden en kapitaalverschaffers) uitlokken van concernenquêtes. Daarnaast kent de Hoge Raad gewicht toe aan het feit dat de strekking van het enquêterecht meebrengt dat het bij de toepassing daarvan uiteindelijk vooral aankomt op de economische werkelijkheid. Die economische werkelijkheid hield volgens de Hoge Raad in dit geval, naar het in cassatie onbestreden oordeel van de Ondernemingskamer in:

‘dat Landis en haar drie 100% dochtermaatschappijen tezamen een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding vormden en dat er wat de samenstelling van de onderscheiden besturen betreft sprake was van een vrijwel volledige personele unie. In dit oordeel ligt besloten dat binnen de dochtermaatschappijen geen sprake was van enig ten opzichte van de moedermaatschappij zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid, en dat derhalve het beleid en de gang van zaken van die dochtermaatschappijen de belangen van VEB c.s. als aandeelhouder van Landis evenzeer en op gelijke wijze raakten als het beleid en de gang van zaken van Landis zelf. Dit in aanmerking genomen, heeft de ondernemingskamer met juistheid geoordeeld dat (...) VEB c.s. als aandeelhouders van Landis mede *bevoegd waren tot het indienen van een verzoek als bedoeld in art. 2:345 BW* (curs., P.G.) betreffende de hiervoor bedoelde dochtermaatschappijen’.

De Hoge Raad volgt hier mijns inziens zijn A-G die in zijn conclusie de omstandigheid dat het beleid van de concerngenoten de belangen van de verzoekende aandeelhouder moet raken, aanmerkt als noodzakelijk vereiste voor *de ontvankelijkheid* van een ‘concernverzoek’ (de bevoegdheid tot het indienen van een enquêteverzoek). Ik kan mij in deze benadering goed vinden. Al eerder heb ik mij in soortgelijke zin uitgelaten en verdedigd dat *de vennootschap* waarvan de aandeelhouders de aandelen houden, geraakt moet worden door het beleid van de concernvennootschap waar de concernenquête zich mede toe moet uitstrekken (diss., p. 121). Hoewel het belang van de vennootschap en dat van haar aandeelhouders meestal wel zullen ‘samenvallen’, ben ik bij nader inzien van mening dat het door de A-G en de Hoge Raad geformuleerde criterium zuiverder is. Aan de ‘aandeelhouder’ komt de enquête-

bevoegdheid toe, diens belang moet geraakt worden (art. 2:346 sub b). P.D. Olden heeft – zoals de A-G terecht opmerkt – daarop overigens voor het eerst gewezen (Ondernemingsrecht 2004, p. 406).

Wat aan de beschikking van de Hoge Raad met name opvalt, is dat ons hoogste rechtscollege niets zegt over het door de A-G genoemde vereiste voor *het toewijzen van het ‘concernverzoek’*. Voor het toewijzen van het ‘concernverzoek’ stelt A-G Timmerman in zijn conclusie als (tweede) voorwaarde dat niet alleen bij de moedervennootschap sprake moet zijn van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen, maar daarvan ook sprake moet zijn bij de concerngenoten waartoe zich het onderzoek dient uit te strekken. Uit het stilzwijgen van de Hoge Raad op dit punt mag mijns inziens niet worden afgeleid dat de Hoge Raad deze eis (impliciet) heeft verworpen. Dat de Hoge Raad over deze (tweede) eis niets heeft gezegd, zou verklaard kunnen worden uit het feit dat het cassatiemiddel (merkwaardigerwijs) hier geen punt van gemaakt heeft. In cassatie is alleen aangevoerd dat de Ondernemingskamer ten onrechte heeft geoordeeld dat bij Landis Group NV sprake zou zijn van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen. Het middel rept met geen woord over de door de A-G aangestipte vraag of de Ondernemingskamer wel (voldoende) bezien heeft of bij de drie dochters van Landis Group NV sprake was van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen.

Zie ik het goed, dan heeft de Hoge Raad zich in zijn beschikking beperkt tot hetgeen in de cassatiemiddelen is aangevoerd en heeft hij niet, zoals de A-G, algemene regels willen formuleren voor de toelaatbaarheid van concernenquêtes. Hoewel het uit oogpunt van de rechtsontwikkeling wellicht beter zou zijn geweest dat de Hoge Raad voor eenzelfde algemene benadering zou hebben gekozen (waarom hij dat (ambtshalve) niet heeft gedaan, blijft gissen), meen ik uit de beschikking af te mogen leiden dat de Hoge Raad zijn beslissing heeft toegesneden op het aan hem voorgelegde concrete geval en zijn uitspraak beperkt heeft tot de bevoegdheidsvraag (zie slot r.o. 3.3.5; het eerste door A-G Timmerman behandelde vereiste). Dat moet men zich goed realiseren en ik krijg de indruk dat in sommige commentaren op de Landis-beschikking dit te veel uit het oog is verloren. Kortom: uit het stilzwijgen van de Hoge Raad ter zake van het tweede door de A-G behandelde vereiste mag mijns inziens niet afgeleid worden dat voor het toewijzen van een concernenquête niet vereist is dat per te onderzoeken vennootschap dient te blijken van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen. Ik blijf met de A-G verdedigen dat voor het toewijzen van een concernenquête aan die eis voldaan moet zijn. Wellicht dat de Hoge Raad hierover in de nabije toekomst uitsluitsel zal geven.

Het te veel focussen op de op de concrete situatie toegespitste beslissing van de Hoge Raad komt mijns inziens ook terug in de opmerking van Maeijer in zijn NJ-annotatie (nr. 3), dat uit de beschikking van de Hoge Raad volgt dat een concernenquête alleen bij een 100%-dochtermaatschappij kan worden toegewezen. Ik meen dat die conclusie uit de beschikking niet mag worden getrokken. Voor mij staat nog lang niet vast dat in andere (minder vergaande) gevallen een concernenquête niet toegewezen zou kunnen worden. Met Spanjaard (zie Ondernemingsrecht, p. 245) zou ik van een ijzeren vereiste derhalve niet willen spreken:

‘Uit het feit dat in r.o. 3.4.4 van de beschikking van de Hoge Raad wordt gesproken van ‘(100%)dochtermaatschappij’ – met het percentage tussen haakjes –, zou men kunnen afleiden dat de Hoge Raad de deur op een kier heeft willen zetten en de hint heeft willen geven dat genoemde 100%-relatie geen ijzeren vereiste is.’

Ik durf nog wel een stap verder te gaan: die deur staat nog wijd open (zie over deze kwestie nader diss., p. 126-128). Niet het aandelenbezit (en/of het bestaan van personele unies) is beslissend, maar de omstandigheid dat de vennootschappen deel uitmaken van dezelfde economische en organisatorische eenheid (zie OK 26 maart 2003, ARO 2003, 60 (Callas)). Als de vennootschappen tot dezelfde groep behoren, brengt *die economische werkelijkheid* mee, dat (mits voldaan is aan de hiervoor besproken twee vereisten) een concernenquête kan worden toegewezen. De gedachte van Maeijer in zijn NJ-annotatie (nr. 4) om deze kwestie niet (meer) vanuit het vereenzelvigingsleerstuk te benaderen, spreekt mij aan. Wij hebben hier gewoon met een bevoegdheidsdoorbraak te maken. Met niets meer en niets minder.

Natuurlijk blijven er na de Landis-beschikking nog allerlei vragen onbeantwoord (zie onder andere Van den Ingh in zijn JOR-annotatie en de daar genoemde overige literatuur), maar de belangrijkste vraag of concernquêtes toelaatbaar zijn, is door ons hoogste rechtscollege in bevestigende zin beantwoord. De kop is eraf en dat is al heel wat.

De omvang van de rechtsstrijd na enquête en heropening van het onderzoek (Laurus)

De tweede enquêtebeschikking van de Hoge Raad dit jaar is die inzake Laurus (HR 8 april 2005, JOR 2005, 119 m.nt. Brink en Ondernemingsrecht 2005, p. 290 m.nt. Geerts). Ook een belangrijke beschikking. In die zaak staan drie kwesties centraal: de rechtsstrijd na enquête, het recht op tegenbewijs van bestuurders en commissarissen in de tweede fase van de enquêteprocedure en het nader of aanvullend onderzoek. Bij deze punten heb ik in mijn commentaar in het tijdschrift Ondernemingsrecht uitvoerig stilgestaan. Veel van hetgeen hierna volgt, is uit dat commentaar afkomstig. Eerst de feiten.

Bij verzoekschrift van 6 mei 2002 hebben verzoekers tot enquête de Ondernemingskamer verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Laurus over het tijdvak vanaf 1 januari 2000 en onmiddellijke voorzieningen te treffen. Verzoekers hebben aan dit verzoek – samengevat weergegeven – ten grondslag gelegd dat het gevoerde beleid en de besluitvorming zich kenmerken door onverantwoord ondernemingsbestuur, hetgeen gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen oplevert. De gegronde twijfel spitst zich toe op het falen van de nieuwe Konmarformule en de wijze van versterking van het eigen vermogen. Bij beschikking van 22 mei 2002 heeft de Ondernemingskamer een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Laurus over het tijdvak vanaf 1 januari 2000 tot heden. In dit tijdvak vond de zogeheten ‘operatie Groenland’ plaats. Daarmee werd de integratie aangeduid van de zes supermarktformules waarmee Laurus op de Nederlandse markt actief was (ook wel fase I en het Konmardebacle genoemd). Bij beschikking van 25 oktober 2002 heeft de Ondernemingskamer

bepaald dat het onderzoek zich mede uitstrekt over het tijdvak vanaf de datum van die beschikking tot aan de door de in deze zaak benoemde onderzoekers te bepalen datum. Dit tijdvak wordt ook wel aangeduid als fase II waarin Laurus haar zelfstandigheid verloor en onderdeel is geworden van het Franse Casinoconcern.

De onderzoekers hebben hun verslag gedateerd 20 december 2002 aan de Ondernemingskamer doen toekomen. De oorspronkelijke verzoekers UB Holding BV en Lijmar BV hebben bij verzoekschrift gedateerd 19 februari 2003 primair verzocht een nader onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Laurus over de periode 1 januari 2000 tot en met 18 juli 2002 en subsidiair verzocht te bepalen dat de Ondernemingskamer van wanbeleid is gebleken en een van de in art. 2:356 BW genoemde maatregelen te treffen die de Ondernemingskamer geraden acht. Laurus en Casino hebben ter zitting van de Ondernemingskamer op 22 mei 2003 verzocht het verzoek om een nader onderzoek te bevelen af te wijzen. De Ondernemingskamer heeft bij beschikking van 16 oktober 2003 verstaan dat uit het verslag van het onderzoek blijkt van wanbeleid van Laurus NV in de periode 1 januari 2000 tot medio augustus 2001 (fase I). Voorts heeft de Ondernemingskamer de in deze zaak eerder benoemde onderzoekers verzocht hun verslag voor wat betreft fase II aan te vullen en uit te breiden.

Tegen deze beschikking hebben Laurus en commissarissen van Laurus beroep in cassatie ingesteld. Zij voeren aan dat (gezien de inhoud van het verzoekschrift) verzoekers niet-ontvankelijk behoorden te worden verklaard in hun verzoek voorzover dat betrekking had op fase I, de Ondernemingskamer commissarissen ten onrechte niet in de gelegenheid heeft gesteld tegenbewijs te leveren tegen voor hen nadelige bevindingen van de onderzoeker en de Ondernemingskamer ten onrechte een nader onderzoek heeft gelast.

Het cassatiemiddel dat zich richt tegen het feit dat de Ondernemingskamer buiten de grenzen van de rechtsstrijd na enquête is getreden door in haar (wanbeleid)oordeel het beleid van Laurus in fase I te betrekken, heeft succes. De Hoge Raad overweegt:

‘Weliswaar is het subsidiaire petitum van het verzoekschrift waarmee de onderhavige tweede procedure van de enquête is ingeleid voldoende ruim geformuleerd om daaronder ook een verzoek tot vaststelling van wanbeleid van de rechtspersoon in fase I te kunnen begrijpen, maar dit petitum dient te worden uitgelegd in het licht van de daaraan ten grondslag gelegde stellingen en van het processuele debat, zoals dit zich vervolgens heeft ontwikkeld. De hiervoor weergegeven inhoud van het verzoekschrift en het daarop gevolgde verloop van het processuele debat laten geen andere uitleg toe, dan dat het verzoek geen betrekking had op het beleid van Laurus in fase I.’

Het wanbeleidverzoek moet met andere woorden voldoende gesubstantieerd zijn. Of dat het geval is, hangt mede af van het daarop gevolgde processuele debat. De omstandigheid dat dat debat i.c. niet tot wasdom is gekomen, is mijns inziens de dragende factor geweest voor het oordeel van de Hoge Raad dat ‘Laurus en commissarissen in zoverre tekort zijn gedaan in hun recht zich (...) te verdedigen’. Dat zich een processueel debat moet

ontwikkelen, vloeit volgens A-G Timmerman rechtstreeks voort uit art. 278 Rv. Wat opvalt, is dat de Hoge Raad deze bepaling niet noemt. Als grondslag zou men ook nog aan art. 19 en 24 Rv kunnen denken. Hoe dat ook zij, met de beslissing van de Hoge Raad kan worden ingestemd. Met name ook omdat de Hoge Raad de Ondernemingskamer enige ruimte biedt om het processuele debat te sturen. Immers, volgens de Hoge Raad had de Ondernemingskamer het Konmardebacle ambtshalve aan de orde kunnen stellen, door partijen in een tussenbeschikking in de gelegenheid te stellen het processuele debat daarover aan te gaan. De Ondernemingskamer kan het debat tot op zekere hoogte sturen, omdat uiteindelijk partijen zelf bepalen wat de omvang van de rechtsstrijd zal zijn: de Ondernemingskamer dient zich van een beslissing over een 'door haar aangedragen onderwerp' te onthouden als blijkt dat geen van de partijen daarover een debat wenst te voeren. Het spreekt voor zich dat de Ondernemingskamer alleen die onderwerpen kan aandragen waaraan in het verslag zelf aandacht is besteed.

Het is overigens nog een aardige vraag wie in de enquêteprocedure (in dit verband) als partij aangemerkt kan worden. Uit de beschikking van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat daaronder niet alleen verzoekers en de 'gedaagde' vennootschap verstaan kunnen worden, maar ook belanghebbenden. Commissarissen waren in de onderhavige procedure immers als belanghebbenden bij de procedure betrokken. Belanghebbenden kunnen met andere woorden mede bepalen waarover het processuele debat zal gaan. Wensen verzoekers en de vennootschap over een bepaald onderwerp *geen* debat, maar belanghebbenden wel, dan lijkt uit de beschikking van de Hoge Raad afgeleid te kunnen worden dat dit onderwerp (op aandringen van belanghebbenden) door de Ondernemingskamer ambtshalve op de agenda kan worden geplaatst; de Ondernemingskamer moet partijen vervolgens in de gelegenheid stellen het processuele debat daarover aan te gaan, zodat zij uiteindelijk een beslissing op dit punt kan geven.

Het tweede punt in deze beschikking ziet op de vraag of de Ondernemingskamer commissarissen terecht niet in de gelegenheid heeft gesteld tegenbewijs te leveren tegen voor hen nadelige bevindingen van de onderzoeker. Art. 284 Rv bepaalt dat het gehele wettelijke bewijsrecht van overeenkomstige toepassing is op de verzoekschriftprocedure, tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet. In de onderhavige beschikking beslist de Hoge Raad dat de aard van de enquêteprocedure meebrengt dat een uitzondering op deze hoofdregel moet worden gemaakt en personen die lid zijn (geweest) van de organen van de onderzochte rechtspersoon niet het recht toekomt tegenbewijs te leveren tegen de *voor hen nadelige bevindingen* van door de Ondernemingskamer benoemde onderzoekers. De Hoge Raad voegt daaraan toe dat zij de bevindingen van de onderzoeker in de tweede procedure van de enquête wel kunnen bestrijden. Indien het gaat om de stellingen die essentieel zijn voor de in dat geding te nemen beslissingen, dient de Ondernemingskamer daaraan in haar beschikking aandacht te besteden. Over de betekenis van deze beslissing hierna meer. Eerst aandacht voor de motivering.

De Hoge Raad noemt twee redenen waarom op dit punt moet worden afgeweken van de in art. 284 Rv neergelegde hoofdregel. In de eerste plaats de omstandigheid dat de vaststelling van de Ondernemingskamer dat van wanbeleid van de onderzochte

rechtspersoon sprake is, niet de persoonlijke aansprakelijkheid van de leden van de organen van de rechtspersoon voor dat wanbeleid impliceert, terwijl bovendien de door de Ondernemingskamer vastgestelde feiten in een aansprakelijkheidsprocedure evenmin op voorhand vaststaan. Zelfs niet behoudens tegenbewijs. De Hoge Raad geeft hiermee aan hoe zijn bekritiseerde Ogem-overweging, dat de kwalificatie wanbeleid van de rechtspersoon bindend is in andere procedures, moet worden verstaan (HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 m.nt. Maeijer (Ogem)). Op die Ogem-beslissing van de Hoge Raad is met name veel kritiek geuit, indien de Hoge Raad daarmee bedoeld zou hebben te zeggen dat in een aansprakelijkheidsprocedure ook de feiten bindend vast zouden staan. Na meer dan vijftien jaar heeft de Hoge Raad aan al het gespeculeer en alle onzekerheid een einde gemaakt: de door de Ondernemingskamer vastgestelde feiten staan in een aansprakelijkheidsprocedure niet vast. Een verhelderende beslissing. De Hoge Raad wil kennelijk niet dat in de enquêteprocedure vooruit wordt gelopen op de vraag naar de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Ons hoogste rechtscollege is op dit punt niet gecharmeerd van het idee van een uitdijend enquêterecht. Velen zullen (met mij) deze beslissing met instemming begroeten.

Wel – zo voegt de Hoge Raad daaraan toe – kan op grond van het wanbeleidoordeel van de Ondernemingskamer *onder omstandigheden* de aansprakelijkheidsrechter *voorshands* bewezen achten dat de aangesproken persoon tegenover de rechtspersoon zijn taak niet behoorlijk heeft vervuld. Mij is niet helemaal duidelijk wat de betekenis van deze toevoeging is. Op welke omstandigheden zou de Hoge Raad hier doelen? Wellicht moeten wij – om maar eens een voorbeeld te noemen – denken aan het geval dat er maar één bestuurder is en het wanbeleid van het bestuur in de enquêteprocedure aan de vennootschap is toegerekend. Onder die omstandigheden kan de aansprakelijkheidsrechter zich *voorshands* (dat wil zeggen behoudens tegenbewijs) op het standpunt stellen dat de bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Dat staat echter niet zonder meer vast: de bestuurder kan niet alleen het door de Ondernemingskamer in aanmerking genomen feitencomplex (daaronder begrepen de bevindingen van de onderzoekers) aanvechten, maar bijvoorbeeld ook het vermoeden van ernstige verwijtbaarheid weerleggen. Zo opgevat bevat de overweging van de Hoge Raad niet meer dan een voor de hand liggend bewijsvermoeden.

Voeg aan het hiervoor genoemde toe de omstandigheid dat de aard van de tweede procedure het wenselijk maakt dat deze spoedig wordt afgewikkeld, dan is daarmee volgens de Hoge Raad een tweede reden gegeven waarom afgeweken moet worden van de hoofdregel van art. 284 Rv, zodat aan commissarissen in de tweede procedure van de enquête niet het recht toekomt tegenbewijs (in welke vorm dan ook) te leveren tegen *voor hen nadelige bevindingen* van de door de Ondernemingskamer benoemde onderzoekers. De Hoge Raad voegt daaraan aan het slot van r.o. 3.9 toe dat personen die lid zijn (geweest) van de organen van de onderzochte rechtspersoon in de tweede procedure van de enquête wel het recht hebben de bevindingen van de onderzoekers te bestrijden. Indien het gaat om stellingen die essentieel zijn voor de in dat geding te nemen beslissingen, dient de ondernemingskamer daaraan in haar beschikking aandacht te besteden.

Hoe moet de beslissing van de Hoge Raad worden begrepen? Een lastig te beantwoorden vraag. Ik krijg sterk de indruk (zoals al

is opgemerkt) dat de Hoge Raad een strikte scheiding tussen de enquêteprocedure enerzijds en de aansprakelijkheidsprocedure anderzijds heeft willen aanbrengen. In de enquêteprocedure gaat het enkel om de vraag of bij de onderzochte rechtspersoon sprake is van wanbeleid. Die procedure zegt niets over de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders of commissarissen, terwijl de door de Ondernemingskamer vastgestelde feiten in een aansprakelijkheidsprocedure ook niet op voorhand vaststaan. Daarom is er geen aanleiding bestuurders of commissarissen het recht toe te kennen om tegenbewijs te leveren tegen *voor hen nadelige bevindingen* van de onderzoeker. Op dit punt moet dus een uitzondering worden gemaakt op art. 151 lid 2 Rv. Bovendien zou toekenning van een dergelijk recht 'om het eigen straatje schoon te vegen' de procedure onnodig vertragen. Het schoonvegen van het eigen straatje moet met andere woorden maar in de aansprakelijkheidsprocedure plaatsvinden, waartoe de bestuurders en commissarissen ook alle gelegenheid geboden zal moeten worden. Dat zij tijdens de enquêteprocedure het eigen straatje niet schoon mogen vegen, belet hen evenwel niet – zo lees ik de laatste passage van r.o. 3.9 – de bevindingen van de onderzoeker die betrekking hebben op de vraag of sprake is van *wanbeleid van de rechtspersoon* te bestrijden.

Als de beschikking zo moet worden verstaan, dan kan ik daarmee leven. Dat neemt niet weg dat ik het erg moeilijk vind aan te geven waar precies de grens loopt (of is sprake van een glijdende schaal?) tussen *het niet mogen leveren van tegenbewijs tegen voor bestuurders en commissarissen nadelige bevindingen* en *het door hen mogen bestrijden van bevindingen*. Ik blijf dus met de beslissing worstelen en vraag mij bijvoorbeeld af of bestuurders en commissarissen die de bevindingen van de onderzoeker bestrijden die betrekking hebben op de vraag of sprake is van *wanbeleid van de rechtspersoon*, wel het recht op tegenbewijs toekomt. Voorts rijst de vraag hoe het in de tweede procedure van de enquête zit met het recht op tegenbewijs van *de rechtspersoon*. Ook vraag ik mij af of en zo ja, onder welke omstandigheden de Ondernemingskamer bestuurders en commissarissen wel het recht zal geven (dat – zo moeten wij niet vergeten – staat de Ondernemingskamer vrij) tegenbewijs te leveren tegen *voor hen nadelige bevindingen*. Zal dat in (inquisitoire) enquêteprocedures gebeuren waar met schorsing en/of ontslag van bestuurders en commissarissen gedreigd wordt? Zo niet, is er dan strijd met art. 6 EVRM? Om nog maar te zwijgen over de vraag hoe het in de art. 2:354 BW-procedure zit met het recht op tegenbewijs van bestuurders en commissarissen met betrekking tot *voor hen nadelige bevindingen* van de onderzoeker. Allemaal vragen die het bestek van deze kroniek te buiten gaan.

Wat meer grip heb ik op de beslissing van de Hoge Raad dat de Ondernemingskamer een nader of aanvullend onderzoek kan gelasten. Het kan zijn dat de Ondernemingskamer door het verslag onvoldoende wordt ingelicht waardoor zij op de vraag of sprake is van wanbeleid en zo ja, welke voorzieningen dan dienen te worden getroffen, geen afgewogen antwoord kan geven. De Ondernemingskamer kan partijen dan vragen op de zaak betrekking hebbende bescheiden in het geding te brengen, dan wel de onderzoeker vragen aanwezig te zijn tijdens de mondelinge behandeling van de zaak om een toelichting te geven op het verslag of om een oordeel te geven over stellingen van fei-

telijke aard die partijen inmiddels naar voren hebben gebracht. Indien de vereiste duidelijkheid dan nog niet ontstaat, brengt volgens de Hoge Raad een redelijke, op de praktijk gerichte wetstoepassing mee dat de Ondernemingskamer (ambtshalve) kan beslissen dat het onderzoek wordt heropend. Het alternatief – aldus nog steeds de Hoge Raad – dat in zoverre opnieuw op de voet van art. 2:345 BW om een onderzoek zou moeten worden gevraagd, welk verzoek vervolgens opnieuw moet worden beoordeeld, onder voeging van die zaak met de reeds aanhangige, is nodeloos omslachtig en tijdrovend.

Met deze beslissing heeft de Hoge Raad een einde gemaakt aan de in de literatuur gevoerde discussie over het antwoord op de vraag of de Ondernemingskamer een aanvullend of nader onderzoek mag gelasten. Het merendeel van de schrijvers heeft zich op het standpunt gesteld dat zo'n nader onderzoek mogelijk moet zijn. Zoals A-G Timmerman opmerkt (conclusie sub 3.67), ging de discussie met name over de technische uitwerking. Zo heb ik zelf bijvoorbeeld verdedigd dat de onderzoeker als een deskundige in de zin van art. 194-199 Rv moet worden aangemerkt, zodat de Ondernemingskamer ex art. 194 lid 5 Rv een aanvullend onderzoek kan gelasten (diss., p. 137 e.v.). Uit de onderhavige beschikking blijkt dat de Hoge Raad dergelijke 'hulpconstructies' niet nodig heeft en komt hij, met een beroep op een redelijke (op de praktijk gerichte) wetstoepassing, tot het oordeel dat de Ondernemingskamer het onderzoek in een tussenbeschikking kan heropenen. De Hoge Raad spreekt niet van een nader of aanvullend onderzoek, maar over het heropenen van het onderzoek. Met het (resultaat van het) oordeel van de Hoge Raad kan worden ingestemd. Ook met de beslissing dat de Ondernemingskamer het onderzoek ambtshalve mag heropenen en het oordeel dat het onderzoek alleen heropend kan worden wanneer een geldig verzoek ex art. 2:355 BW, is ingediend.

De curator van een failliete aandeelhouder is bevoegd een enquête te verzoeken (Polisol)

HR 29 april 2005, ARO 2005, 75; Ondernemingsrecht 2005, m.nt. Geerts p. 330 en JOR 2005, 146 m.nt. J.J.M. van Mierlo (Polisol) is de derde beschikking van de Hoge Raad.

Deze beschikking is veel minder spectaculair dan de eerste twee hiervoor besproken beschikkingen. Eerlijk gezegd komt de beslissing van de Hoge Raad in deze zaak niet als een al te grote verrassing. Centraal staat de vraag of naast de curator de failliete aandeelhouder zelf ook om een enquête kan verzoeken. Dat de curator bevoegd is het enquêteverzoek in te dienen, heeft de Hoge Raad beslist in zijn De Haan-beschikkingen (HR 9 mei 1999, NJ 1999, 670 en 671 m.nt. Maeijer). Deze beslissing van de Hoge Raad is in de literatuur met instemming ontvangen. Zo wijst Maeijer in zijn NJ-annotatie erop dat de benadering van de Hoge Raad strookt met de algemeen beleden opvatting dat de term vermogen in art. 20 Fw in de meest ruime zin moet worden opgevat en met de algemene overtuiging dat de curator in het kader van zijn beheerstaak bevoegd is de stemrechten uit te oefenen die aan de tot de boedel behorende aandelen zijn verbonden.

In de De Haan-beschikkingen is evenwel geen antwoord gegeven op de vraag of *naast* de curator de failliete aandeelhouder zelf om een enquête kan verzoeken. Kortmann heeft in zijn Ars Aequi-annotatie onder de De Haan-beschikkingen verdedigd dat

die vraag ontkennend beantwoord dient te worden. In die beschikkingen kent de Hoge Raad, aldus Kortmann (*Ars Aequi* 2000, p. 105):

‘aan het indienen van het enquêteverzoek het karakter van een daad van beheer met betrekking tot een vermogensbestanddeel van de boedel (de aandelen) toe. Het indienen van het enquêteverzoek bij de Ondernemingskamer kan worden gezien als het in rechte uitoefenen van deze aan de aandelen verbonden bevoegdheid. Ingevolge artikel 25 lid 1 Fw is uitsluitend de curator tot een dergelijke uitoefening bevoegd’.

Het punt is dat de Hoge Raad in zijn De Haan-beschikkingen art. 68 Fw wel heeft genoemd, maar niet art. 25 Fw (het procesrechtelijke verlengstuk van art. 68 Fw). Zou dat erop kunnen duiden dat de Hoge Raad die bepaling niet van toepassing acht, hetgeen ruimte laat voor de opvatting dat naast de curator ook de failliete aandeelhouder bevoegd is tot het indienen van een verzoek tot enquête? Uit de Polisol-beschikking blijkt dat die vraag ontkennend beantwoord moet worden: de beheersbevoegdheid van de curator is, naar op grond van het bepaalde in art. 68 lid 1 in verbinding met art. 25 lid 1 Fw moet worden aangenomen, een exclusieve. De beslissing van de Hoge Raad is kort en krachtig. Hij noemt art. 25 Fw nu wel uitdrukkelijk en beslist dat de bevoegdheid van de curator een exclusieve is. Dat betekent dat de failliete aandeelhouder niet bevoegd is een enquête te verzoeken. Na de De Haan-beschikkingen en hetgeen na die beschikkingen in de literatuur is verdedigd, komt de beslissing van de Hoge Raad niet als een grote verrassing. Opnieuw een signaal van de Hoge Raad dat er aan het uitdijende enquêterecht grenzen zijn gesteld.

In de Polisol-beschikking heeft de Hoge Raad geen antwoord gegeven op de vraag of het onderzoek betrekking kan hebben op handelingen van de curator die het beleid en de gang van zaken (mede) heeft bepaald. De literatuur is over het antwoord op deze moeilijke vraag verdeeld. De meerderheid van de schrijvers stelt zich op het standpunt dat zijn handelen in een enquête niet onderzocht mag worden. Heel kort gezegd is deze meerderheid van oordeel dat het handelen van de curator onder volledig en onbeperkt toezicht van de rechter-commissaris staat, zodat een enquêteonderzoek niet betrekking kan hebben op zijn handelen. Ook A-G Timmerman in zijn conclusie bij de Polisol-beschikking en de Minister van Justitie (die Kamervragen over de Polisol-zaak heeft beantwoord; Kamerstukken II 2004/05, 17 050 en 29 810, nr. 301) hebben zich (zo lijkt het) bij deze meerderheid aangesloten. De Ondernemingskamer stelt zich op een ander standpunt en meent dat het handelen van de curator die het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon (mede) bepaalt, wel voorwerp van onderzoek kan zijn. Dit standpunt van de Ondernemingskamer is door haar voorzitter vrij recent in een artikel nader onderbouwd (zie J.H.M. Willems, *Insolventierecht en enquêterecht: over convergerende en conflicterende rechtsgebieden*, TvI 2004, p. 254-257; het artikel bevat de nodige literatuur- en jurisprudentieverwijzingen). Het gaat de omvang van deze kroniek te buiten om bij deze ingewikkelde kwestie uitvoerig stil te staan. Gezien een eerdere (gezamenlijke) publicatie zal het geen verbazing wekken dat ik mij bij de voorzitter van de Ondernemingskamer aansluit (vgl. Geerts/Lennarts in de noot onder OK 10 september 1999, *Ondernemingsrecht* 1999, p. 427 e.v.).

Is hier – zo vraag ik mij tot slot af – niet gewoon sprake van een samenloopprobleem? Als dat zo is, dan geldt in het privaatrecht het uitgangspunt dat iedere rechtsnorm in beginsel toepasselijk is: een rechtsregel dient te worden toegepast op alle gevallen die onder de betekenisomvang van haar formulering vallen, ook indien gelijktijdig een andere rechtsregel voor toepassing in aanmerking komt (cumulatie), tenzij de wet zou voorschrijven of onvermijdelijk zou meebrengen dat zulks niet het geval is. Exclusieve toepassing van privaatrechtelijke normen is uitzondering. In een vrij recente uitspraak heeft de Hoge Raad dit nog eens bevestigd (HR 15 november 2002, NJ 2003, 60 (Petri Beheer)). Zou hier met andere woorden niet de hoofdregel gelden en sprake zijn van cumulatie, zodat het handelen van een curator die het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon mede bepaalt voorwerp van onderzoek kan zijn? Zo lang de Hoge Raad (of de wetgever) over deze kwestie geen uitsluitsel heeft gegeven blijft het – zoals door Van Mierlo (*JOR* 2004, 42) beeldend is verwoord – een potje vrij worstelen tussen vennootschaps- en faillissementsrecht.

Geschillenregeling

De laatste uitspraak in deze kroniek is HR 21 januari 2005, NJ 2005, 126 m.nt. Maeijer en JIN 2005, 105 m.nt. Wibaut (Hoffmann). Art. 2:339 lid 1 BW schrijft dwingend voor dat de rechter die een vordering tot aandelenoverdracht als bedoeld in art. 2:336 BW toewijst, een of meer deskundigen moet benoemen die over de prijs van de aandelen schriftelijk bericht moeten uitbrengen. Het derde lid schrijft voor dat de deskundigen hun bericht opstellen met inachtneming van hetgeen omtrent de vaststelling van de waarde van de aandelen in de blokkeringsregeling is bepaald. Het doel van deze bepaling is dat men bij gedwongen overdracht dezelfde prijs dient te verkrijgen als bij vrijwillige vervreemding (Asser/Maeijer, 2-III (2000), nr. 498). Of zoals A-G Timmerman het in zijn conclusie (sub 2.9) bij dit arrest verwoord: men moet door het in het leven roepen van een geschil situatie geen kans op een hogere prijs kunnen afdwingen, dan de uit de statuten voortvloeiende prijs.

In zijn arrest heeft de Hoge Raad beslist dat onder bijzondere omstandigheden de rechter zonder deskundigenbericht de waarde van de aandelen kan bepalen. In de onderhavige zaak bepaalde de blokkeringsregeling van de betrokken vennootschap dat zowel in geval van (vrijwillige) overdracht als van overgang anders dan door overdracht, voor de aandelen nimmer een hogere vergoeding kon worden bedongen dan overeenkwam met de nominale waarde. Aangezien deze blokkeringsregeling geen andere waardebepaling dan de nominale waarde toelaat, is de rechtbank zonder inschakeling van deskundigen zelfstandig overgegaan tot waardevaststelling van de aandelen (Rb. Amsterdam 28 maart 2001 (Hoffmann)). De Ondernemingskamer heeft dit vonnis bekrachtigd (OK 10 april 2003, *JOR* 2003, 144 (Hoffmann)). Het tegen dit arrest aangevoerde cassatiemiddel werd verworpen. De Hoge Raad overweegt ter zake van art. 2:339 lid 3 BW dat die bepaling ertoe strekt (zie r.o. 3.3.2):

‘te waarborgen dat de aandeelhouder die tot overdracht van zijn belang gedwongen wordt, een prijs ontvangt die zoveel mogelijk overeenstemt met die welke hij bij vrijwillige vervreemding van de aandelen zou kunnen bedingen. Een

redelijke toepassing van het voorschrift van het eerste lid brengt daarom mee dat de rechter de benoeming van deskundigen achterwege kan laten, indien de blokkeringsregeling een zodanige maatstaf voor de bepaling van de waarde van de aandelen kent, dat aan de hand daarvan de prijs door de rechter zonder meer kan worden vastgelegd’.

Indien de rechter aan de hand van de blokkeringsregeling zonder meer de prijs van de aandelen kan vaststellen, brengt een *redelijke toepassing* van art. 2:339 lid 1 BW mee dat hij de benoeming van deskundigen achterwege kan laten. Een (uit procesrechtelijk oogpunt) praktische beslissing. Dit doet denken aan de hiervoor besproken Laurus-beschikking waarin de Hoge Raad op grond van een redelijke (op de praktijk gerichte) wetstoepassing heeft beslist dat het onderzoek in enquêtezaken door de Ondernemingskamer (ambtshalve) kan worden heropend. Belangrijk verschil is dat het in die zaak ging om een situatie die door de wetgever niet geregeld is. Hier wordt met eenzelfde redenering een dwingendrechtelijke bepaling buiten toepassing gelaten. Maeijer merkt in zijn NJ-noot op dat in zo’n geval het ‘redelijke wetstoepassingsargument’ een magere basis is. Volgens hem zou het dan ook zuiverder zijn geweest wanneer de Hoge Raad zou hebben geoordeeld dat toepassing van de betreffende bepaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (vgl. art. 2:8 lid 2 BW) c.q. dat het vasthouden aan de naleving van de betreffende bepaling zou neerkomen op misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 lid 2 BW). Bij het toepassen van deze maatstaf wordt volgens annotator meer geëist dan bij een redelijke wetstoepassing. Of dat laatste ook het geval is, weet ik eerlijk gezegd zo net nog niet, maar wat in ieder geval niet vergeten moet worden is dat bij het vormen van het recht het instrument van de redelijke wetstoepassing als een volwaardig hulpmiddel wordt gezien (zie Asser/Vranken, Algemeen deel, 1995, nr. 116). Dat wordt door het onderhavige arrest nog eens bevestigd: een redelijke wetstoepassing is een stuk gereedschap waarmee knopen doorgehakt kunnen worden en zelfs dwingendrechtelijke wetsbepalingen terzijde kunnen worden geschoven.

Mr. P.G.F.A. Geerts